

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

2105 071

11

ZPO § 297

Der Antrag auf Abweisung der Klage bedarf keiner Verlesung.

BGH Urt. v. 23. November 1964 - II ZR 200/62 - OLG München
LG München I

Verkündet

am 23. November 1964

Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma A [REDACTED] N [REDACTED], Obsthandlung
in B [REDACTED]/Italien,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

gegen

die Firma Wilhelm R [REDACTED] & S ö h n e oHG,
Import und Großhandel, M [REDACTED], Großmarkthalle, N [REDACTED]
K [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 23. November 1964
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und
der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Bukow und Dr. Schulze

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom
14. Juni 1962 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Klä-
gerin entschieden worden ist.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und

- 1a -

Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen,
dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revi-
sion übertragen wird.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin, eine in Italien ansässige Obsthändlerin, lieferte der Beklagten, einer in Berlin und München tätigen Obstimporteurin, im Jahre 1961 kommissionsweise 22 Waggons italienische Weintrauben. Bei jeder Verladung gab der Vertreter der Beklagten in Italien, S. [REDACTED], der Klägerin einen Scheck aus dem ihm von der Beklagten überlassenen Scheckbuch über ihr Konto bei der Deutschen Bank in München über einen runden Betrag zwischen 2.000 und 4.000 DM. Über jeden Waggon erteilte die Beklagte der Klägerin alsbald nach dem Verkauf der Ware eine Abrechnung, in der jeweils der Verkaufserlös angegeben wurde, von dem Fracht, Zoll und 8 % Provision abgezogen und der zugunsten der Klägerin verbleibende Betrag ausgewiesen wurde. Aus Anlaß der Verladung von drei Waggons am 22. und 25. September 1961 gab Saino der Klägerin drei Schecks über je 3.500 DM. Die Beklagte ließ sie sperren, weil sie die Lieferungen der Klägerin für bereits überbezahlt hielt.

Die Erlöse der 22 Waggons betragen 53.473,50 DM. Die von Saino ausgestellten Schecks belaufen sich auf 69.200 DM.

Die Klägerin hat, im Urkundenprozeß klagend, über die drei Schecks von je 3.500 DM ein Vorbehaltsurteil erwirkt. Die Beklagte hat im Nachverfahren die Aufhebung des Vorbehaltsurteils beantragt. Sie hat geltend gemacht, ihre Überzahlungen der abgeführten Erlöse ohne die drei eingeklagten Schecks betrügen bereits 5.226,50 DM. Saino habe bei der Ausstellung der Schecks nicht gewußt, welche Erlöse der Klägerin zustanden. Die letzten drei Schecks

könnten daher nicht mehr geltend gemacht werden. Sie hat ferner mit ihrem Rückzahlungsanspruch aufgerechnet und hilfsweise eine Widerklage auf Zahlung von 5.226,50 DM sowie des Betrages der letzten drei Schecks von 10.500 DM, insgesamt also 15.726,50 DM, erhoben.

Die Klägerin hat beantragt, das Vorbehaltsurteil zu bestätigen, und hat behauptet, bei Absendung jedes Waggons sei durch Saino namens der Beklagten ein Mindesterloß garantiert worden, über dessen Betrag jeweils ein Scheck ausgestellt worden sei.

Das Landgericht, bei dem der Widerklagantrag nicht gestellt worden war, hat das Vorbehaltsurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat das Vorbehaltsurteil bestätigt und auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, an die Beklagte 15.726,50 DM zu zahlen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision rügt die Verletzung des § 529 Abs. 4 ZPO, weil die Widerklage im ersten Rechtszug nicht wirksam erhoben worden sei und die Voraussetzungen für eine Zulassung der Widerklage in der Berufungsinstanz nicht festgestellt worden seien. Die Rüge ist nicht begründet.

Die Widerklage ist bereits in der ersten Instanz gemäß § 281 ZPO wirksam erhoben worden, und zwar zulässig

als eventuelle für den Fall, daß der Klage stattgegeben werden würde (vgl. BGH LM ZPO § 33 Nr. 5). Sie konnte von Anwalt zu Anwalt zugestellt werden (BGHZ 17, 234). Nach dem Vermerk des Anwalts der Beklagten auf dem Schriftsatz vom 20. Januar 1962 ist sie auf diese Weise zugestellt worden. Etwaige Mängel der Zustellung (z.B. nach § 198 Abs. 2 ZPO) hätte die Klägerin in der nächsten mündlichen Verhandlung rügen müssen (§ 295 ZPO). Die Verlesung des Antrages in der mündlichen Verhandlung gehörte nicht zur Erhebung der Widerklage. Die Beklagte hat den Widerklagantrag erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gestellt. Ein solcher in erster Instanz zwar rechtshängig gewordener, aber nicht gestellter Antrag ist in der Berufungsinstanz als ein neuer anzusehen, weil über ihn im erstinstanzlichen Urteil nicht entschieden worden ist (RGZ 59, 397; Stein-Jonas ZPO § 529 IV 1; Baumbach-Lauterbach § 297 A. 3). Hätte das Berufungsgericht diese Rechtslage erkannt, dann hätte es die Widerklage nach § 529 Abs. 4 ZPO als sachdienlich zulassen müssen, weil die Klägerin sich auf die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit der Widerklagforderung gegenüber den Scheckansprüchen berufen hatte, so daß nur dieser Weg der Geltendmachung blieb. Die unterbliebene ausdrückliche Zulassung der Widerklage durch das Berufungsgericht nötigt jedoch nicht zu einer Zurückverweisung wegen unterlassener Prüfung der Sachdienlichkeit durch das Berufungsgericht, weil das eine rein formale und daher prozeßunwirtschaftliche Maßnahme wäre (BGH NJW 1961, 362).

II. Keinen beachtlichen Verfahrensfehler des Berufungsgerichts bedeutet es, daß über die Widerklage entschieden worden ist, ohne daß die Klägerin einen ausdrücklichen Antrag auf Abweisung der Widerklage gestellt hat. Die

Klägerin, die nach Maßgabe ihrer Schriftsätze in der Berufungsinanz verhandelt hat, wie der Tatbestand des angefochtenen Urteils ergibt, hat durch ihre Ausführungen zur Widerklage in der Berufungsbegründung Seite 4 Bl.75 GA zu erkennen gegeben, daß sie die Abweisung der Widerklage als unzulässig anstrebe. Einer schriftlichen Stellung und Verlesung (oder Bezugnahme) dieses Antrages bedurfte es nicht. § 297 ZPO bezieht sich nicht auf rein negative Gegenanträge wie den Antrag auf Abweisung der Klage oder Widerklage (Stein-Jonas ZPO 18. Aufl. § 297 II 2 a; Baumbach-Lauterbach, ZPO § 297 A. 1 b; vgl. Wicczorek, ZPO § 261 b B III c 1, der ein Gewohnheitsrecht annimmt). Bei diesen Anträgen, die nicht der Feststellung des Inhalts der erbetenen Entscheidung dienen, sondern sich eindeutig aus der Prozeßlage ergeben, ist schriftliche Feststellung und Verlesung (oder Bezugnahme) nach dem Zweck des § 297 ZPO nicht geboten.

III. Die Revision hält die Widerklage für unzulässig, weil die Beklagte die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts arglistig erschlichen habe. Sie habe die ausländische Klägerin durch die Nichteinlösung der Schecks genötigt, diese bei einem deutschen Gericht einzuklagen und sich damit die Möglichkeit verschafft, die Widerklageansprüche geltend zu machen. Dabei verkennt die Revision, daß die Beklagte gegenüber dem Anspruch aus den drei Schecks in erster Linie geltend gemacht hatte, sie habe bereits den Erlös aller Waggonen an die Klägerin abgeführt, so daß aus den drei letzten Schecks keine Forderungen mehr erhoben werden könnten. Sie hat daher hilfsweise mit ihrem Rückzahlungsanspruch aufgerechnet und Eventual-Widerklage erhoben. Die Beklagte hat hiernach die Schecks

nicht, ohne überhaupt Einwendungen zu haben, in der Absicht sperren lassen, die Klägerin zum Rechtsstreit vor einem deutschen Gericht zu veranlassen und eine Widerklage erheben zu können, sondern sie hat in Verteidigung gegenüber den Scheckforderungen, die sie für unberechtigt ansah, aufgerechnet und ihre Rückzahlungsansprüche auch widerklagend geltend gemacht, um einer gesonderten Verfolgung im Ausland enthoben zu sein. Dieses Verhalten verstößt nicht gegen Treu und Glauben.

IV. Die Revision hält die Anwendung deutschen Rechts auf die Widerklage für verfehlt. Sie führt aus, es handle sich um einen Bereicherungsanspruch, der nach dem Statut zu entscheiden sei, das über die umstrittene rechtliche Beziehung bestimme. Das sei das italienische Recht. Das Berufungsgericht hat deutsches Recht für maßgeblich gehalten, weil es dem mutmaßlichen Parteiwillen entspreche, der Schwerpunkt der Kommissionsgeschäfte in Deutschland liege und sich die Parteien nur auf deutsches Recht berufen hätten. Das ist nicht zu beanstanden. Über die Verpflichtungen des Kommissionärs wird jedenfalls mangels deutlicher anderer Vereinbarung das Recht seiner Niederlassung entscheiden (vgl. Schlegelberger/Hefermehl HGB § 383 Anm. 31). Hier steht in Frage, ob der Kommissionär mehr als den Erlös abzuführen hatte, weil er eine Mindestgarantie übernommen hatte.

V. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe bei Einlösung der von S. [REDACTED] ausgestellten Schecks (= 58.700 DM) den Betrag von 5.226,50 DM über den Erlös der 22 Waggon (= 53.473,50 DM) hinaus an die Klägerin gezahlt. Die Klägerin habe auch keinen Beweis dafür angetreten, daß die

Beklagte eine Garantie für einen Mindesterloß der Weintrauben in Höhe der jeweils bei der Verladung eines Waggons ausgestellten Schecks übernommen habe. Die Überlegung, daß kein Kommissionär mit einer Provision von nur 8 % aus dem wirklichen Verkaufserloß bei den vielen Risiken von Obsteinfuhr-Geschäften eine solche Garantie übernehmen werde, lasse auch diese Behauptung an sich schon sehr zweifelhaft erscheinen. Gleichwohl hat das Berufungsgericht das Vorbehaltsurteil bestätigt, weil die Aufrechnung gegenüber den Schecks stillschweigend vertraglich ausgeschlossen worden sei. Der Zweck der Vorauszahlungen mit den Schecks sei gewesen, der Klägerin den Wareneinkauf und damit die laufenden Kommissionsgeschäfte überhaupt erst zu ermöglichen. Das Berufungsgericht meint aber, die Beklagte könne den zuviel gezahlten Betrag von 5.226,50 DM "und die von ihr aus ihrer Scheckverpflichtung zu zahlenden weiteren 10.500 DM" aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 BGB) zurückverlangen. Mit Recht rügt die Revision diese Auffassung als rechtsirrig.

1) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die drei letzten Schecks noch nicht bezahlt sind. Ein Anspruch auf Rückzahlung noch nicht gezahlter Beträge ist nur als Anspruch auf künftige Leistung (§ 259 ZPO) denkbar. Der Rückzahlungsanspruch wäre ein bedingter, weil er davon abhinge, daß die Beklagte gemäß dem vom Berufungsgericht bestätigten und von der Beklagten nicht angegriffenen Vorbehaltsurteil zahlt oder die Klägerin im Wege der Zwangsvollstreckung befriedigt wird. Dies könnte insbesondere dann eintreten, wenn etwa von der Beklagten hinterlegte Beträge an die Klägerin auf Grund der Rechtskraft des Berufungsurteils, soweit es das Vorbehaltsurteil

bestätigt, abgeführt wird. Die Verurteilung zur Zahlung des Betrages von 10.500 DM kann daher dahin aufgefaßt werden, daß sie als eine solche nach § 259 ZPO gemeint ist. Da die Klägerin eine Pflicht zur Rückzahlung ernstlich bestreitet, bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage auf künftige Leistung (BGHZ 5, 342). Die Verurteilung hätte allerdings in Höhe von 10.500 DM deutlich mit der Einschränkung erfolgen sollen, daß die Klägerin wegen der drei Schecks befriedigt wird. Doch steht das Fehlen einer solchen Einschränkung der sinngemäßen Auslegung des Urteils nicht entgegen. Eine solche Verurteilung würde auch nicht durch die Rechtskraft der Bestätigung des Vorbehaltsurteils verhindert. Diese ist eingetreten, weil die Beklagte gegen seine Bestätigung keine Revision oder Anschlußrevision eingelegt hat und nicht mehr einlegen kann (§ 556 ZPO; BGHZ 27, 143). Die Bestätigung ist nur deshalb ausgesprochen worden, weil die Aufrechnung gegen die Scheckansprüche vertraglich ausgeschlossen sei, um der Klägerin zunächst durch Vorauszahlungen den Wareneinkauf zu ermöglichen. Nachdem die Geschäftsverbindung nunmehr unzweifelhaft beendet ist und weiterer Einkauf von Kommissionsware für die Beklagte nicht mehr in Betracht kommt, muß nach dem Vertrag über die geleisteten Zahlungen nach Maßgabe der Abreden über die Pflichten der Beklagten aus der Kommission abgerechnet und eine etwaige Überzahlung zurückerstattet werden. Ein solcher Erstattungsanspruch stellt sich somit als ein vertraglicher Anspruch dar, so daß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für eine Anwendung der §§ 812 ff BGB insoweit kein Raum ist.

2) Das Berufungsgericht hat aber, wie die Revision mit Recht rügt, verkannt, daß die Beklagte die Voraus-

setzungen ihres vertraglichen Anspruchs auf Rückzahlung etwa zuviel geleisteter (oder nach dem Vorbehaltsurteil zu leistender) Beträge beweisen muß. Dazu gehört, daß die Beklagte beweist, es sei nicht vereinbart, daß sie einen Mindesterloß entsprechend den Beträgen der jeweils ausgestellten Schecks garantiere, wie die Klägerin behauptet hat. Die darin liegende Abweichung vom normalen Inhalt eines Kommissionsgeschäfts ändert nichts an der Beweislast der Beklagten, wenn sie geleistete Beträge zurückverlangt. Die Beklagte hat sich zum Beweis dafür, daß keine Mindestgarantie vereinbart sei, auf den Zeugen S. bezogen (Schriftsatz vom 11. Dezember 1961 S. 2, 3). Die vom Berufungsgericht angenommene, von der Revision geleugnete Unwahrscheinlichkeit einer solchen Abrede konnte die Beweisführung nicht ersetzen. Es kann auch nicht angenommen werden, daß das Schweigen der Klägerin auf die Abrechnungen, in denen über den Erlös der einzelnen Waggons Gutschriften unter den Scheckbeträgen erteilt wurden, eine etwaige Vereinbarung von Mindesterlösen gegenstandslos gemacht hätte. Vielmehr kann dieser Umstand nur bei der Würdigung der Beweisaufnahme in Betracht gezogen werden.

VI. Das Urteil des Berufungsgerichts war hiernach aufzuheben, soweit es mit der Revision angefochten worden ist, d.h. soweit es die Widerklage betrifft und über diese zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. Ferner war die Verurteilung der Klägerin zu den anteiligen Kosten aufzuheben. Da weitere tatsächliche Erörterungen nötig sind, war die Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Auch die

Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu übertragen, da sie vom Ausgang der Sache abhängt.

Dr.Fischer Dr.Nörr Liesecke Dr.Bukow Dr.Schulze